

• OUTUBRO – NOVEMBRO – DEZEMBRO DE 1999 •

ISSN 0102-8413

REVISTA FORENSE

FUNDADA EM 1904
PUBLICAÇÃO NACIONAL DE DOCTRINA, JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO

FUNDADORES

Mendes Pimentel
Estêvão Pinto

DIRETORES

Bilac Pinto †
José Francisco Rezek
Caio Mário da Silva Pereira
J. de Magalhães Pinto †
José Monteiro de Castro †
José de Almeida Paiva †

REDATOR-CHEFE

José Carlos Barbosa Moreira



Suspensão de execução em face da ação rescisória: ligeiras reflexões sobre a baixa eficácia da tutela satisfativa no sistema processual brasileiro*

MARCELO N. R. DANTAS

Mestre e Doutorando em Direito Processual
Civil pela PUC/SP. Professor de Teoria Geral do
Processo e Direito Processual Civil na UFRN e UnP.
Procurador da República no RN

SUMÁRIO: 1. Considerações introdutórias. 2. Rescisória e suspensão da execução do julgado rescindendo. 3. O caso da Súmula n° 343 do Supremo Tribunal. 4. Estado atual da questão no Direito brasileiro. 5. Conclusões.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Consoante bem explicitam categorizados processualistas, *a suspensão do processo executivo constitui situação jurídica provisória, durante a qual ele, conquanto permaneça a pender, detém seu curso e entra em vida latente*.¹

Em rigor, seria possível argumentar que não é propriamente o *processo* (*rectius*, a relação processual), que fica suspenso, mas os *autos que constituem seu procedimento*.²

Como quer que seja, na prática, mesmo os que falam em suspensão do processo dirigem suas preocupações aos atos processuais que o compõem.

Essa suspensão pode ter várias características, que permitem à doutrina e à jurisprudência estabelecerem variadas *classificações* das modalidades suspensivas.

Quanto à *extensão*, fala-se em suspensão *total*, isto é, abrangente de todos os atos do processo, ou *parcial*, quando alcança apenas alguns desses atos.

No tocante à *natureza* da suspensão, diz-se que ela é *necessária*, ou obrigatória, quando a lei estipula uma causa que implica automaticamente na produção do efeito suspenso; em contrapartida, considerar-se *facultativa*, ou voluntária, aquela suspensão que cuja produção pode ou não acontecer, diante de determinada ocorrência.

Outros, a propósito da mesma questão, preferem dizer que a suspensão é *legal* ou *judicial*.

Para mim, trata-se, fundamentalmente, da mesma classificação anterior. Mas o assunto, exposto apenas dessa maneira, não reflete muito bem a realidade, porque a conjugação dessas expressões classificatórias pode levar a alguns aparentes paradoxos.

Com efeito.

* Um Estudo em Homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira.

1 Nesse sentido, C. R. Dinamarco.

2 A questão não é desprezível, mas por desbordante dos estreitos limites deste trabalho, deixaremos de enfrentá-la aqui.

Há situações em que, *embora prevista legalmente, a suspensão não é obrigatória*: assim, a suspensão convencional do feito, por acordo entre as partes (CPC, art. 792, II, combinado com o 265, II, do mesmo código). De outra parte, há situações em que *mesmo sendo obrigatória, pode não acontecer*, pois afinal depende de decisão judicial, reconhecendo a existência da causa.³ Finalmente, como ainda veremos na sequência deste trabalho, pode ocorrer *suspensão não preventiva em lei*, mas que, apesar disso, *não se reveste de facultatividade*, nem para as partes, nem para o próprio Juiz do feito em que ocorre.

Alguns processualistas classificam ainda os casos de suspensão do processo executivo conforme sua *propriedade*, ou seja, se há, propriamente, suspensão do feito, ou se apenas os atos executivos são suspensos, mas perduram outros atos, principalmente aqueles decorrentes da causa da suspensividade. À primeira hipótese se daria o nome de suspensão *própria*; à segunda, de *imprópria*.

Esta seria, então uma subespécie da suspensão parcial. Mas a classificação é interessante, porque quando se considera se uma suspensão foi total ou parcial, importa mais a *quantidade* – isto é, se todos os atos, ou somente alguns, ficam suspensos? – enquanto, sob o critério da propriedade, interessa a *qualidade* – só os atos executivos ficam suspensos, ou também os demais? – da suspensão.

Na suspensão própria, tanto os atos executivos, como quaisquer outros atos do processo de execução cessam, ainda que provisoriamente. É o caso do recebimento dos embargos do devedor (CPC, art. 791, I). Pára tudo (conforme o caso). Nem se praticam atos executórios, nem outros quaisquer, no processo executivo.

Mas na suspensão imprópria, embora cessada momentaneamente a prática de atos executórios, alguns atos processuais seguem sendo realizados, aliás necessariamente,

como no caso da apresentação de exceção de suspeição ou impedimento, ou incompetência (CPC, art. 791, II, combinado com o 265, III, do mesmo diploma), em que aqueles relativos ao processamento do incidente têm de ser praticados. Então, o processo só fica suspenso de certa forma, porque, em verdade, continua fluindo, no tocante aos referidos atos incidentais.

As causas da suspensão do processo executivo consistem em atos ou fatos que determinam a produção de efeitos suspensivos, sendo indicados pela lei ou emergentes do sistema processual.

Esse asserto doutrinário já demonstra que é possível encontrar, além das propriamente ditas causas⁴ legais de suspensão do processo executivo, outras que, embora não sejam especificamente apontadas pela lei como tais, são suscetíveis de identificação, quando se analisa globalmente o sistema processual em vigor.

Realmente, tanto os doutos como os pretórios admitem, expressa ou implicitamente essa possibilidade.

Especificamente, a lei prevê um elenco à primeira vista reduzido de causas (ou casos) de suspensão do processo de execução:

a) no CPC, são os seguintes: CPC, art. 791, I (*recebimento dos embargos do devedor*, art. 739, § 2º); II (hipótese do art. 165, I a III, a saber, respectivamente: *morte ou perda da capacidade processual* de parte, representante ou procurador desta, *convenção das partes* – cf. art. 792 e seu parágrafo único – e oposição de *execução*); e III (*inexistência de bens penhoráveis*).

b) na Lei de Execução Fiscal (LEF – Lei nº 6.830/80), os arts. 1º (aplicação subsidiária do CPC, carreando, portanto, as hipóteses ali preconizadas), e o 40 e seus §§ (*não-localização do devedor ou de bens penhoráveis*).

Nada obstante, em dispositivos esparsos da legislação processual (no próprio CPC e em outras leis), encontram-se diver-

3 Voltaremos ao assunto, mais adiante.

4 Mais um assunto a debater, sobre o qual também aqui não nos podemos deter, refere-se a possibilidade de diferenciar as *causas* dos *casos* de suspensão, sendo obrigatória, nessa matéria, referência ao problema da prejudicialidade. Para os fins deste artigo, todavia, usaremos causas e casos como se fossem sinônimos.

sas outras hipóteses em que se produz ou se pode produzir a suspensão do processo de execução, conforme se admite doutrinária e jurisprudencialmente.

Assim, são também reconhecidas como situações suspensivas dessa espécie processual, entre outras:

a) a *força maior* (CPC, art. 265, V, aplicável à execução através do art. 598);

b) o recebimento de *embargos de terceiro* (CPC, art. 1.052);

c) a *chegada do momento da expropriação* na execução provisória (CPC, art. 588, II)⁵;

d) o *incidente de falsidade* (CPC, art. 394, c/c o 598)⁶;

e) a *penhora no rosto dos autos* (CPC, arts. 673 e 674)⁷;

f) o *protesto por rateio ou preferência* (CPC, arts. 711 e 713),⁸ bem assim *outras situações similares* (p. ex., a impugnação, por credor ou devedor, do quadro geral de credores na execução contra insolvente, do art. 772 e seus §§, também do CPC)⁹;

g) o efeito de *liminar concedida por relator de agravo, nas hipóteses do CPC, art. 558 e seu parágrafo único*, registrando-se a extensão da possibilidade de concessão desse *efeito suspensivo excepcional*

também ao juiz de origem (exegese do mencionado parágrafo único)¹⁰;

h) a *situação do art. 582, parágrafo único, do CPC*, ou seja, a *exceptio non adimpleti contractus* aplicada à execução, etc.

E há ainda aqueles casos que levantam grandes polêmicas, porque sua admissão não depende apenas da interpretação ou aplicação direta de determinados dispositivos da legislação, mas também da visão que se tenha de certos institutos processuais, de seu alcance e desdobramentos e até de uma posição principiológica ou filosófica diante do sistema jurídico, além de poderem estar ligados a dadas circunstâncias que ocorrerão, ou não, em casos concretos específicos.

Assim, sem pretender fazer lista exaustiva, especula-se intensamente, com fortes opiniões a favor e contra, se podem ocasionar ainda a suspensão do processo executivo.

a) a promoção de determinadas *ações contra o título*¹¹;

b) a *não-localização do devedor*, mesmo havendo bens penhoráveis¹²;

c) a hoje badalada *objeção* (ou exceção) de *pré-executividade*, consistente na verificação da admissibilidade da execução, mesmo fora dos embargos¹³;

5 Curiosíssima essa hipótese: além de *imprópria*, porque só atinge atos executivos, ela é, de modo muito peculiar, *imprópria-parcial* (com perdão da redundância, já que assinalamos que toda suspensão imprópria é parcial), porquanto nem todos os atos executivos ficam suspensos, mas apenas aqueles tocantes a alienação patrimonial ou ao levantamento de dinheiro sem caução idônea.

6 Que, aliás, suspende não só a execução, como até embargos que porventura tenham sido opostos.

7 Há alguma discussão a respeito. Alguns (Dinamarco, Amílcar de Castro *et al.*) entendem que é, sim, causa suspensiva. Outros (por exemplo, Pontes de Miranda), acham que não.

8 Suspensão que, dependendo do autor consultado, é tida ora como *própria*, ora como *imprópria*.

9 Seria também a situação dos arts. 774 e 776 do CPC, isto é, a existência de saldo devedor, após a liquidação da massa, na execução contra o insolvente, apontada por Araken de Assis.

10 Quanto à última, há disputa doutrinária e jurisprudencial. Quanto à apelação contra sentença que julga improcedentes embargos de terceiro, é majoritária a posição segundo a qual a eles não se aplica o art. 520, V, do CPC.

11 Considero, todavia, que tais ações são conexas com possíveis embargos. A suspensividade, então, decorreria da interposição destes, e não da promoção dessas ações. Essa a interpretação que me parece mais escoreita, e que tem sido adotada pela jurisprudência, v.g., do Colendo STJ, em casos relatados, entre outros, pelos Ministros Athos Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira.

12 O art. 40 da LEF prevê a hipótese para a execução fiscal. Aplicar-se-ia às execuções em geral? A negativa me parece melhor. No entanto, sob o ponto de vista prático, cabe reconhecer que a não-localização do devedor pode impedir a identificação de bens penhoráveis porventura existentes. Há acórdãos nessa linha.

13 Sobre o assunto, cresce a doutrina e existe até jurisprudência. Trata-se da aplicação de princípios do processo de conhecimento à execução (CPC, art. 598). A meu ver, cuida-se claramente, aqui, de uma suspensão *imprópria*.

d) a promoção de *ação cautelar* (ou que enseje providência cautelar) incidente sobre a execução, desde que concedida¹⁴ a liminar, ou a decisão final de cautela;

e) a promoção de ação que enseje *liminar de tutela antecipada*, desde que concedida a medida;

f) a *liminar em reclamação constitucional* (arts. 102, I, l, e 105, I, f) perante o STF e o STJ, especialmente quando dela deriva “efeito avocatório”;

g) a *liminar em correção parcial*¹⁵;

h) a *liminar em mandado de segurança*¹⁶;

i) a *liminar ou sentença em habeas corpus*,¹⁷ etc.

Quanto aos itens *d* e *e* – liminar cautelar ou de tutela antecipatória – o problema se põe, principalmente, no tocante à ação rescisória, gerando imensa discussão, que é o tema deste ligeiro estudo.

E a disputa ferve, nesse particular, em virtude de um evidente óbice que sempre é levantado pelos adversários dessa possibilidade: o art. 489 do CPC, que não concede à rescisória *efeito suspensivo* sobre a execução.

Enfeixando as presentes considerações introdutórias, consigno que os *efeitos da suspensão* do processo executivo se consubstanciam no impedimento, ainda que temporário, da prática de atos no procedimento respectivo.

Mas que atos são atingidos, como efeito da suspensão do processo executivo?

Escapam dos efeitos da suspensão, por força de regra do art. 793 CPC, que os excepciona, os *atos urgentes*, v.g., a alienação de bens facilmente deterioráveis, prevista no art. 1.113 e seus §§, do CPC.

A par desses atos urgentes, que podem ser praticados mesmo em face da suspensão, vale recordar, também o que se disse acima sobre a suspensão *parcial* e a suspensão *imprópria*: no primeiro caso, continuam a ser praticados quaisquer atos, executivos ou não, que não estejam abrangidos pela suspensão; no segundo, só ficam suspensos os atos processuais *executivos stricto sensu*.¹⁸

Cabe também indagar: a partir de que momento se produzem os efeitos suspensivos?

Para boa parte da doutrina,¹⁹ a suspensão produz efeitos *ex tunc*, isto é, atinge o processo a partir do momento em que surge sua causa.

Uma apreciação mais aprofundada do problema, porém, mostra-nos – até por força do que já referimos linhas atrás – que é necessário fazer determinadas ponderações²⁰.

Na doutrina italiana, quando a suspensão é *necessária*, o efeito suspensivo se operaria por força de lei, portanto, desde o fato ocasionador da suspensão; o efeito, então, seria *ex nunc*. Somente quando *judicial* dependeria da decisão do magistrado.

No caso brasileiro, apesar de quase todos os textos legais terem a intenção de fazer

14 Acertada ou erradamente, não importa agora.

15 Sou absolutamente contrário à utilização de tal meio, ainda mais com essa finalidade, por uma miríade de argumentos, entre os quais o fato de não considerá-lo recurso (nem mesmo sucedâneo de recurso, como pretende Egas Dirceu Moniz de Aragão, entre outros) nem ação, mas mera providência administrativa, que deve conter-se em estritos termos disciplinares, sem efeitos processuais diretos, não sendo admissível, a meu ver, imaginá-lo como inviabilizador da produção de efeitos executivos a decisão transitada em julgado. No entanto, já me deparei com decisão desse jaez.

16 Há diversos obstáculos a tal possibilidade, que decorrem da natureza desse *writ*, e outros, como a Súmula nº 268 do STF (não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado), mas ainda assim há autores que defendem, com poderosa argumentação, que, em dadas hipóteses, seria viável seu uso com esse desiderato (Teresa Celina Arruda Alvim Wambier).

17 Ovídio Batista da Silva cita, aliás com apoio em Pontes de Miranda, um caso do TAC-MG, e refere ordens concedidas contra prisão, na execução alimentar do art. 733, § 1º, do CPC.

18 Cf., mais, o registrado na nota de rodapé nº 6, acima.

19 Assim, entre outros, Araken de Assis e Humberto Theodoro Jr.

20 Inspiro-me aqui, claramente, nas palavras de Dinamarco (e dos autores peninsulares que ele invoca), que apresento com as modificações decorrentes da minha própria visão sobre o assunto.

provocar a suspensão desde o surgimento de sua causa, tem de se levar em conta a conhecida discussão sobre a existência de verdadeiros *atos processuais*, porque, sem o respectivo *ato processual* que comunique algum fato processual ao Juízo, não seriam eles tidos como ocorrentes (*quod non est in autos, non est in mundo*).

Todas as hipóteses possíveis, então, só poderiam nascer da decisão reconhecedora da causa. Essa a jurisprudência majoritária.

Evidentemente, se a suspensão depender de decisão que a determine, favorecida estaria a opinião no sentido do efeito *ex nunc* da suspensão. Em outras palavras: da decisão que a decreta, em diante.

No entanto, há casos e casos: se essa decisão, reconhece, p. ex., morte ou perda da capacidade processual de parte, procurador ou representante desta, ou ainda força maior, evidentemente retroagirá ao momento em que isso aconteceu — aí haverá efeito *ex tunc*.

O inverso, na decisão que acolhe pedido convencional de suspensão, claramente *ex nunc*.

Finalmente: por quanto tempo podem perdurar os efeitos suspensivos?

Eis uma questão que, na realidade, é difícil responder. Quanto às hipóteses legalmente previstas, quase sempre a lei estipula prazo para sua duração. No que toca aos outros casos de suspensão, só se pode dizer que, via de regra, a duração dos efeitos persiste enquanto a situação que os causa não se resolver.

A afirmação pode provocar alguma reação, porque não parece correto que uma causa determinada pela lei tenha sua duração determinada, e outra que pode sequer estar prevista legalmente, sendo fruto de construção, possa perdurar indefinidamente.

No entanto, ainda que se possam levantar as mais diversas objeções do ponto de vista técnico, fato é que até algumas das suspensões legais específicas, que deveriam ter duração delimitada, estendem-se a ponto de converter-se em verdadeira “extinção branca” do processo. Para ficar só num exemplo: se não são encontrados bens penhoráveis, o que fazer?

2. RESCISÓRIA E SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DO JULGADO RESCINDENDO

Apresentado, em linhas genéricas e muito superficialmente, o assunto da suspensão do processo executivo no Direito brasileiro, cabe-nos ingressar no cerne da discussão que intitula este trabalho, cuja existência denunciáramos já como fervente.

Dissemos que a possibilidade de suspensão da execução como decorrência de ação rescisória do julgado exequendo fervia, dada a expressa determinação do art. 489 do Código de Processo Civil, segundo o qual essa ação não produz o efeito de suspender a execução.

Ou seja: o ajuizamento, puro e simples, da ação rescisória, não leva, *per se*, à suspensão dos efeitos da decisão rescindenda, e portanto não conduz, automaticamente, a suspender a possível execução de tal *decisum*, caso esteja sendo procedido.

No entanto, a prática mostra que esse óbice pode ser contornado pela concessão de alguma espécie de *tutela jurisdicional de urgência*, movida preparatoriamente à rescisória, nela incidente, ou até mesmo inserida em seu procedimento.

Evitando a imensa discussão técnica que poderia caber diante da expressão *tutela jurisdicional de urgência*, quero registrar que passo a utilizá-la, neste trabalho, para significar qualquer forma de provimento jurisdicional hábil a dotar a rescisória de efeito suspensivo sobre a sentença rescindenda (que porventura esteja sendo executada) antes de sua decisão final, já que esta, se procedente, terá de ter referido efeito.

E restringirei, ainda mais, tal conceito, às duas principais espécies de tutela jurisdicional de urgência hoje admitidas pelo Direito pátrio: a cautelar e a antecipatória.

Frise-se, para início de conversa, que a disputa sobre a possibilidade de conferir à tutela rescisória alguma proteção urgente não é, porém, exclusiva do Direito Nacional. Na doutrina e jurisprudência estrangeiras encontramos dissensos similares.

A concessão, às medidas cautelares, de efeitos obstativos à execução, no Direito Comparado é, caracteristicamente, muito discutida. Entre os italianos, apesar de

opiniões favoráveis, parece que uma certa maioria não acata essa possibilidade, a crer-se no que diz, por exemplo, Ferruccio Tomaseo. Já entre os alemães, parece ser o contrário, conforme mostra, entre outros, Fritz Baur.

Aqui no Brasil:

a) *quando se trata de execução extrajudicial* (p. ex., liminares concedidas em cautelares acessórias de consignatórias, para suspender a execução), majoritariamente rejeita-se a hipótese; mas,

b) *se se cuida de execução judicial*, e principalmente se a medida provém de ação rescisória (ou cautelar a ela preparatória ou nela incidente), tudo fica muito confuso, como se passa a mostrar.

A primeira e mais importante corrente do pensamento jurídico nacional põe-se contra a possibilidade da concessão de providência cautelar, para dar à rescisória o efeito de suspender a execução.

Nessa linha, Humberto Theodoro Jr., Willard de C. Villar, Rodolfo de C. Mancuso, Donald Armelin, Sérgio S. Shimura, Coqueijo Costa e muito mais.

Seus principais argumentos giram em torno da intangibilidade constitucional da *res judicata*; da inaceitabilidade de que meras aparências e perigos possam fazer frente a decisório firme; da impossibilidade de se alcançar, com um processo acessório, o que nem o principal permite; do ferimento ao princípio que impede o Juiz de decidir novamente questões já decididas; entre outros.

A jurisprudência é farta nessa trilha. Não se pode olvidar, por exemplo, a Súmula nº 234 do antigo TFR (não cabe medida cautelar para obstar os efeitos da coisa julgada), que cristalizou toda uma tendência, representada também, no STF, por diversos julgados,²¹ a maioria dos tribunais segue tal orientação, na maior parte dos casos.

Outros doutrinadores se põem do lado oposto, admitindo a possibilidade de conceder à rescisória efeito suspensivo da execução da decisão rescindenda.

São representantes desse pensamento Galeno Lacerda, Ovídio B. da Silva, Ada P. Grinover, Rogério L. Tucci, Sérgio Bermudes, N. Nery, Theotônio Negrão, Priscilla C. da Fonseca, Egas D. Moniz de Aragão, José Roberto Barros de Magalhães, Luiz Alberto Hoff, Edilson P. Nobre Jr. e Miguel Josino Neto, dos que pude alinhar após consulta absolutamente não-exaustiva.

A argumentação principal desse segundo grupo tem por base a admissão de que, diante de determinados vícios, por demais graves, dos quais pode padecer a *res judicata*, a exigência de justiça deve prevalecer sobre a de segurança; há sentenças, como as proferidas sem citação da parte, que em verdade, é como se não existissem.²² E, se a coisa julgada tem sede constitucional, o mesmo se diga da rescisória.²³ Além disso, o veto do art. 489 do CPC é à rescisória e não à cautelar, que prestigia a eficácia do processo.

Na jurisprudência, há, com essa posição, julgados esparsos de TJs e TACs de diversos Estados; algumas decisões, ou ao menos votos, no TST, no STJ e no próprio STF.²⁴ Conquanto talvez ainda minoritária dentro dos tribunais, há de reconhecer-se – a tendência é crescente.

Esse crescimento deve-se, em parte, ao fato de que o assunto, tendo merecido tanta discussão na doutrina, vem chegando com cada vez maior frequência aos pretórios; mas em parte se deve à contribuição do legislador.

Este vem, realmente, numa linha de favorecer essa hipótese – ao menos quando a rescisória é movida por ente público – o que finda trazendo água ao moinho dos que a defendem, porque tal legislação, ainda que odiosa, pode ensejar aplicação extensiva aos demais casos.

21 AR nº 846-SP (1969), Rel. Min. Octavio Galloti; e Pet. nº 143-DF, Rel. Min. Oscar Corrêa (1986).

22 Há quem use a expressão *teratologias processuais* para qualificar tais hipóteses.

23 Esse argumento é de Galeno Lacerda, formulado ao tempo da CF 67/69, mas perfeitamente válido ainda hoje: atualmente, a sede constitucional da ação rescisória está nos arts. 102, I, j; 105, I, e; 108, I, b; 114, parte final indiretamente; e 125, indiretamente, todos da CF/88.

24 Como o Min. Francisco Rezek no RE nº 102.683-PR (1984).

Com efeito, o art. 5º da Lei nº 8.437/92, nela incluído pela MP nº 1.577/97²⁵ autorizou cautelar para suspender efeitos de sentença, em rescisória movida por entes públicos. Quando ainda era a nº 1.577-5, foi alvo da ADIn nº 1.718-2,²⁶ cuja liminar, julgada quando já era a nº 1.632-9, foi negada pelo STF, ainda que por *escassa maioria*.²⁷

Curiosamente, ao tempo do CPC/39, o Decreto-lei nº 1.030/62 introduziu um parágrafo único ao art. 882 daquele código, estabelecendo coisa semelhante ao artigo introduzido na Lei nº 8.432/92 pela MP antes referida (liminar em rescisória em que é autor entidade pública, para suspender a execução da decisão rescindenda), mas, na época, o mencionado DL foi julgado inconstitucional pelo STF, ao argumento de que *a lei não pode prejudicar coisa julgada*.²⁸ A mesma situação se repete agora. E aí?

De forma também estranha, na ADIn nº 1.753,²⁹ contra a mesma MP linhas atrás indicada, o STF concedeu, *por unanimidade*, liminar para suspender outros dispositivos que ela introduzia na Lei nº 8.437/92, como o que ampliava de 2 para 5 anos o prazo das rescisórias ajuizadas pelos entes públicos e instituíu, só em favor deles, novas hipóteses de rescisória (ações de desapropriação, inclusive indireta, onde o preço ficasse claramente acima do de mercado).^{30 e 31} Referidos dispositivos, agora suspensos, já tinham sido objeto de forte e fundamentado ataque da doutrina.³²

Ainda, a Lei nº 9.032/95 deu nova redação ao parágrafo único do art. 71 da Lei nº 8.212/91 (Lei de Organização e Plano de Custeio da Seguridade Social), permitindo ao INSS liminar em ações revisionais ou rescisórias para suspender a execução do julgado rescindendo ou revisando.³³

Cabe fazer ainda o registro de que, mesmo entre os favoráveis à possibilidade de se dar à tutela cautelar o efeito de suspender a execução de decisão, em face de rescisória contra esta última, há uma querela secundária, que consiste no seguinte: a medida deve ser concedida em ação cautelar, preparatória ou incidental à rescisória, ou nos autos da própria rescisória?

Fora as hipóteses da MP e da lei linhas acima referidas, não me parece que o rito da rescisória contemple a possibilidade de concessão de liminar no seio de seu próprio procedimento (cf. CPC, arts. 485-495). Os termos do art. 489 do CPC, aliás, por si só, sugerem o contrário.

No entanto – quicá em atenção à economia processual ou à aplicação (a meu sentir excessiva) do poder geral de cautela judicial – há manifestações favoráveis a tal possibilidade, na doutrina e na jurisprudência, talvez, justamente, pela já aventada tendência de estender analogicamente as normas em foco (as multimencionadas MP e a lei, que dão azo a tanto) a rescisórias que não estejam sendo movidas pelo Poder Público, dependendo do caso concreto.

25 Depois MP nºs 1.632, 1.658, 1.703, etc., com vários dígitos, hoje sabe-se lá qual; no momento em que eram escritas estas linhas, continuava vigente, reeditada pela última vez em 28.8.98, pendente de apreciação pelo Congresso.

26 Movida pela OAB.

27 Julgamento em 15.12.97, rel. Min. Octavio Gallotti, ainda pendente de publicação e também de julgamento final, consoante informação do *site* do STF na Internet, obtida no momento da confecção deste texto. (RTJ 57/5).

28 Também movida pela OAB.

30 O julgamento em foco deu-se em 16.4.98, rel. Min. Sepúlveda Pertence, e foi publicado no DJ de 12.6.98. O julgamento final ainda está pendente, tudo igualmente conforme o *site* do STF na Internet.

31 Essa decisão foi saudada com encômios por Hugo de B. Machado, em seu artigo *As Medidas Provisórias e o Supremo Tribunal Federal* (*site* do autor na Internet), especialmente porque, nesse *decisum*, o STF aventou a possibilidade de vir a examinar os requisitos de relevância e urgência para a edição desse tipo de providência legislativa, o que a própria Corte Maior, reiteradamente, tem-se negado a fazer, dizendo que é avaliação política que somente cabe ao Congresso.

32 Rogério T. Romano, “A Medida Provisória nº 1.577-2”, in *Revista do CEJ/JF-RN*.

33 Não encontrei, na rápida pesquisa que fiz, sequer notícia de ADIn que porventura tenha sido interposta contra essa norma, que me parece estar, infelizmente, em pleno vigor.

Com o advento da liminar antecipatória dos efeitos da tutela final, nova forma de provimento jurisdicional de urgência, alcançável mediante a aplicação do art. 273, CPC, com a redação a ele dada pela “reforma”³⁴ de 94, a alguns pareceu pacificar-se a disputa até agora historiada. A antecipação da tutela na ação rescisória, por liminar, resolveria todos os paradoxos antes apontados.^{35 e 36}

Mas será que é assim mesmo?

Primeiramente, forma-se a possibilidade de nova e intensa discussão, mormente no plano acadêmico, sobre se essa tutela liminar, conferida em ação rescisória, seria mesmo antecipatória ou efetivamente teria natureza cautelar.

Quem a entende antecipatória, considera que a *liminar simplesmente adianta a tutela final da rescisória*, que será (se procedente) obstativa da eficácia do julgado rescindendo (e, em decorrência, de sua execução). Não haveria a característica cautelar, de apenas *proteger a eficácia dessa futura decisão* (da rescisória) dos perigos da execução imediata da decisão a ser rescindida.

Além do mais – para quem compartilha de tal opinamento – considerando que tal liminar chega a parar a execução de uma sentença transitada em julgado, claramente não se poderia falar em cautela, pois o processo cautelar é sempre acessório, e não se poderia obter com o acessório, o que nem sequer no principal (a rescisória, em si) pode ser alcançado (o efeito suspensivo da execução).³⁷

Ainda: se considerada cautelar essa espécie de tutela, bastaria, para concedê-la, a presença de *aparência de bom direito e peri-*

go na demora (requisitos clássicos da cautela, evidentemente insuficientes para dobrar uma sentença firme (direito mais que aparentemente bom)).³⁸ Seriam precisos, portanto, mais que a aparência do direito alegado, a *prova inequívoca*, a *verossimilhança*, aliadas não a um mero perigo na demora, mas a um *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação* (requisitos típicos da tutela antecipatória, cf. CPC, art. 273, *caput* e inc. I).

Apesar dessa forte fundamentação, contudo, considero que a *liminar, in casu*, é *cautelar*, porque se fosse antecipatória, já conteria tudo o que se pede no julgamento final da rescisória (extinção da execução, e proferimento de nova sentença, diferente da exequenda, ou seja, o *judicium rescindens* e o *rescissorium*). Só que liminar alguma, proferida nessas hipóteses, possui tal condão.

Na verdade, só se concede liminarmente, nesses casos, a suspensão da execução. Então, tutela-se apenas a *eficácia da futura decisão final da rescisória*, posta em risco pela continuidade da execução.

A essa minha linha de raciocínio, é possível contra-argumentar o seguinte: o fato de a liminar só conceder a suspensão da execução não tira seu caráter antecipatório, mas apenas reflete a provisoriedade, característica que compartilham tanto a tutela cautelar quanto a antecipatória, porque a extinção completa do feito, obviamente, só virá quando a tutela final confirmar a que a antecipou. Assim, existiria, de alguma maneira, a concessão do *judicium rescindens*. Quanto à falta do *rescissorium*, isso não pode chegar a impedir a configuração da tutela antecipada, a uma porque nem toda res-

34 A expressão vai entre aspas, porque, como já afirmei em outro trabalho, as alterações introduzidas no CPC pelas Leis nºs 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953, todas de 13.12.94, correspondem a mais uma etapa do processo de *aggiornamento* do ordenamento processual civil brasileiro, no sentido da sua instrumentalização para a obtenção de resultados justos e mais amplamente acessíveis, tratando-se não propriamente de uma reforma, porém de mais um passo num movimento de reforma ainda em curso.

35 Nesse diapasão, recente artigo de Márcia Dinamarco.

36 Um único ponto em disputa, com efeito, restaria resolvido: caracterizada como antecipatória de tutela, perderia sentido discutir se sua concessão deveria emergir de cautelar preparatória ou incidente à rescisória, ou no seio do próprio procedimento desta, porque, evidentemente, a tutela antecipada é dada no próprio processo.

37 O que espantaria um dos argumentos dos que são contrários à possibilidade de cautelar vinculada à rescisória suspender a execução do julgado rescindendo.

38 Outro dos argumentos esgrimidos pelos que são adversários de se conceder efeito suspensivo à rescisória por via da tutela cautelar.

cisória contém tal pleito (já que seu autor pode ou não valer-se da faculdade conferida pelo art. 488, I, do CPC), e a duas porque, ainda que isso tivesse sido pleiteado, simplesmente se caracterizaria, em tal hipótese, uma tutela antecipada parcial. E, quanto aos requisitos dessa tutela, ficam ainda sem resposta bastante aquelas questões já lançadas: bastam o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* para derrubar um julgado firme? É possível alcançar com o acessório (a tutela cautelar) aquilo que não se pode obter com o principal (a tutela de conhecimento)?

Admito que unicamente a falta do *judicium rescissorium*, de *per si*, não impediria a caracterização de uma tutela antecipada. Com efeito, seria ela possível, mesmo que apenas parcial. No entanto, considero que sequer o *judicium rescindens* é antecipável, porque a sentença exequenda não é, de logo, anulada, e a execução não é, de pronto, extinta – apenas suspensa. De modo que todos os demais efeitos da decisão rescindenda perduram, seja no plano material (p. ex., aqueles decorrentes dos aspectos meramente declaratórios que ela porventura contenha), seja no processual (o processo de execução continua “vivo”, mantendo-se a litispendência, a positividade de certidão que venha a ser requerida, etc.).

No tocante aos requisitos, não me convence dizer que é preciso mais que *aparência de bom direito e perigo na demora* (tutela cautelar) para dobrar uma sentença firme, se se admite que esta possa ceder à *prova inequívoca*, e à *verossimilhança*, acompanhados de *fundado receio de lesão irreparável ou de difícil reparação* (tutela antecipatória), por duas ordens de razões:

a) de um lado, porque, se a sentença transitiva em julgado estabeleceu o direito, o que ela fez é mais que verossimilhança, é “verdade”³⁹ jurídica, então essa verossimilhança também não poderia ter o condão de dobrá-la, o mesmo se podendo dizer da prova inequívoca, porque provas consideradas pela decisão rescindenda como inequívocas haverão de já ter sido feitas, tanto que convence-

ram o Judiciário, em todas as instâncias que o caso percorreu, a decidir daquela forma. E, quanto ao fundado receio de lesão irreparável ou dificilmente reparável, se consideramos que dita lesão é o resultado da *res judicata*, não há lesão alguma, mas o exercício de um direito reconhecido pelo Judiciário de modo firme (consoante *princípio geral de direito*, quem exerce direito não lesa ninguém);

b) de outra parte, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, enquanto requisitos da cautela, dependem de uma apreciação bastante variável em cada caso, tanto que podem chegar, à luz da própria lei, a somente se configurar, no caso do primeiro, p. ex., se houver – mais até do que prova inequívoca, exigida para a antecipação de tutela – *prova literal* (v.g., o caso do arresto, CPC, art. 814, I), e, no do segundo – exatamente como na hipótese da tutela antecipatória – *fundado receio de lesão grave e de difícil reparação* (para a concessão das liminares cautelares *inaudita altera pars*, CPC, art. 798, parte final).

Então, a meu sentir, essa argumentação, dos que vêem na antecipação de tutela a chave para a resolução desse problema de dar ou não, à rescisória, o efeito suspensivo à execução do julgado rescindendo, não se sustenta.

Finalmente, dizer que não se trata de cautela, porque admitindo-se que fosse, ter-se-ia o acessório obtendo o que o principal não pode alcançar, eis um argumento que me parece completamente descabido. Eu inverto a questão: se eu não posso alcançar, com o processo principal (a rescisória) o efeito desejado (suspensão da execução), como admitir que o atinja através de uma tutela que apenas adiante aquela do próprio processo principal?

Ao contrário, cuida-se do que se me afigura como *premissa falsa, data maxima venia* das doutíssimas opiniões divergentes, afirmar que o processo cautelar (por ser acessório), não pode obter aquilo que o principal não poderia atingir. O argumento *a fortiori* (seja a *maiore ad minus* ou a *minore ad majus*) não tem aplicação ao caso, pois o *processo cautelar destina-se exatamente a obter determinado tipo de tutela que o pro-*

39 O termo vai entre aspas, dada a quase impossibilidade, até filosófica, de identificar o que seja verdade. Não é à toa que, perguntado a respeito, um certo judeu da Galiléia, que viveu há cerca de dois mil anos, ficou calado. Por sinal, essa foi a única pergunta que lhe fizeram, e que ele não respondeu...

cesso principal não pode dar: se eu estou movendo uma ação onde discuto meu direito a fazer um dado concurso, e vejo que se aproxima o dia da prova, meto uma cautelar incidente para obter, liminarmente, o direito de fazer a prova, efeito que a ação principal jamais me daria, pois quando muito iria, ad futurum, reconhecer que eu tinha tal direito, mas, como não poderia fazer o tempo voltar, ficará sem poder obrigar o réu a admitir-me a um teste que já foi aplicado... Seriam milhares os exemplos nesse sentido...

No entanto, sei que a discussão prosseguiria por eras, já que cada argumento num sentido pode ser rebatido por outro, de orientação inversa. Assim, parece-me que trata-se de uma verdadeira *aporia jurídica* querer obter a definição *verdadeira* da natureza jurídica da liminar que, em rescisória, suspende a execução da sentença rescindenda.

Mas esse não é o aspecto mais grave.

O fundamental é que a discussão em causa, nada resolve, porque, *seja cautelar, seja de antecipação de tutela, esse tipo de liminar vem sendo admitida até quando a admissibilidade da própria rescisória é questionável*, e também por causa das já citadas *MPs ou leis de duvidosa constitucionalidade, que a instituem, sempre em favor dos entes públicos* (em prol dos quais, há ainda as odiosas leis que restringem o manejo de liminares cautelares e antecipatórios de tutela, quando contrárias a eles).

Assim, diferentemente do imaginado pelos que entendem que a aplicação do instituto da antecipação de tutela à rescisória arredaria todos os argumentos contrários a que se dê a essa ação o efeito de suspender a execução do julgado rescindendo, tenho para mim que eles se aplicam a essa alternativa, tanto quanto à tutela cautelar, porque partem do princípio de que um julgado firme não pode ter sua executividade sustada por nada mais, a não ser outro de igual categoria, que só vai acontecer quando transitar em julgado possível futura decisão de procedência rescis-

sória (aliás, não seria, então, sustação, mas extinção da execução).

Por isso, a meu fraco entender, todos os debates até agora enfocados giram em falso, tanto que não têm dado resposta bastante à questão fundamental, que, como *pergunta que não quer calar*, remanesce – é possível aceitar que, de alguma maneira, se dê a uma ação rescisória o efeito de suspender a execução da decisão rescindenda?

3. O CASO DA SÚMULA Nº 343 DO SUPREMO TRIBUNAL

O STF, guardião maior da Constituição e da ordem jurídica, possui orientação segura e já antiga, através de sua conhecida Súmula nº 343, de que não cabe rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda tiver se baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

A variedade de hipóteses de cabimento da rescisória, previstas no art. 485, I a IX do CPC, em grande parte, configuradoras de *teratologia* processual, ou, pelo menos, de possibilidades de *ocorrência rara*, complexa arguição e, mais ainda, *difícil prova*, faz com que a maioria – para não dizer, quase todas – as rescisórias sejam movidas pelo permissivo do inciso V do dispositivo citado: a violação de literal disposição de lei.

Para obstar, então, a enxurrada de rescisórias desse tipo, que, graças à *cultura da inconformidade* da qual todos fazemos parte, no Brasil,⁴⁰ foram criando um indevido *caráter recursal* para elas – transformadas em verdadeira forma de novo acesso à instância judicial, para rediscutir o mesmo tema – como se não bastassem os excessos do nosso sistema recursal, e assim levaram a doutrina e a jurisprudência a se protegerem, com asserções como a de que *a rescisória não se presta para correção de injustiça da sentença, nem reexame da prova*, consagradas quase que pacificamente.

40 Aquilo a que muitos dão o jocoso nome, em falso latim, de *jus esperneandi*: a mania de recorrer de tudo, até quando evidentemente incabíveis os recursos, até às instâncias especiais ou extraordinárias; depois, fazer o mesmo percurso, numa possível liquidação do julgado; depois, ainda, proceder da mesma forma, na execução, embargando-a e recorrendo de quaisquer decisões contrárias aos embargos... e, nada mais sendo possível,

Tentou-se prestigiar o adjetivo *literal*, do já mencionado inciso V do art. 485 do CPC. Súmulas surgiram, nesse sentido. Além da já citadas STF nº 343, tivemos a Súmula nº 134 do saudoso Tribunal Federal de Recursos⁴¹ e a TST nº 83.

No entanto, como já dissemos neste trabalho, o próprio STF (e, conseqüentemente, as demais cortes), têm, não obstante tais orientações sumulares, admitindo a rescisória (e como conseqüência é que vem o problema de liminares, sejam cautelares ou de antecipação de tutela, suspensivas de execução de julgados rescindendo, principalmente em favor do Poder Público, dadas as já mencionadas MP e leis a ele favoráveis) contra sentenças que teriam violado a Constituição, *ainda quando o texto constitucional, ao menos na época em que proferida a decisão rescindenda, era de interpretação controvertida*, desde que a Corte Suprema já tenha declarado a inconstitucionalidade do preceito aplicado pelo *decisum in foco*.

Assim, o STF já decidiu que “a Súmula nº 343 tem aplicação quando se trata de texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, *não, porém, de texto constitucional*”.⁴² E o STJ, da mesma maneira.⁴³

O problema não seria tão sério se, em todos os casos, essa declaração de inconstitucionalidade tivesse sido proferida pelo STF no exercício de seu *controle concentrado* (via de ação direta), porque, nessas hipóteses, como se sabe, os efeitos são *erga omnes*, e — embora haja discussões intermináveis a respeito, em cujo mérito não se pode penetrar aqui, dada a limitação de tempo — a inconstitucionalidade opera *ex tunc*, o que

carrearia, retroativamente, para a decisão proferida ao tempo em que ainda se controvertia para o tema, a pecha de violadora da Constituição, e, pois, ao menos a possibilidade de ser admitida como teratológica.⁴⁴

Mas está havendo a admissão de rescisória (e, como já disse, por conseqüência, de liminares suspensivas da execução) em casos em que a declaração de inconstitucionalidade da norma aplicada pela decisão rescindenda-exequenda foi proferida pelo STF no exercício do *controle difuso* (isto é, por via de exceção, e, assim, *incidenter tantum*), hipótese na qual, como é sabido, os efeitos são simplesmente *inter partes*. Autores do porte de Ada P. Grinover, Fábio K. Comparato, Sérgio Bermudes, Ives G. Martins, Sacha Calmon N. Coelho e, muitos e muitos outros asseveram que o julgamento incidental da inconstitucionalidade pelo STF não retira, genericamente, vigência nem validade da norma apontada inconstitucional, que assim perdura vigente e eficaz. Portanto, não se pode considerar teratológica nem violadora da Constituição, sentença que a tenha aplicado.

O problema se aguça, quando se verifica que praticamente todos esses casos ocorrem justamente no conflito entre cidadãos *contra* o Governo (justamente o beneficiário de leis que lhe garantem liminares para tais fins) — o caso dos “planos econômicos” (Bresser, Collor, etc.), na esfera da Justiça do Trabalho é emblemático — o afastamento da incidência da Súmula nº 343 do STF, feito sob a alegação de se ter violado a Constituição sequer tem considerado o nada desprezível argumento de que, *muitas*

interpor rescisória, pedir liminar para sustar a execução, e sempre e sempre recorrer, recorrer e recorrer... O exagerado número de instâncias, as variadíssimas possibilidades recursais em cada uma delas (que, nos tribunais, são ampliadas pelos recursos regimentais), a existência ainda de outros meios de impugnação, como o mandado de segurança, as cautelares e um longo etc., levam, dessa forma: o processo de conhecimento, à inaceitável demora; o de execução, além da mesma demora, à quase total perda de sua eficácia — quando se ganha, e como custa! não se leva...

41 Essa, um primor, porque, além do que fora dito pela outra, concluía: *embora posteriormente a interpretação antes controvertida tenha-se fixado favoravelmente à pretensão do autor da rescisória*. Registre-se, de todo modo, que, se a do STF não chega a tanto, tal conclusão é consagrada em inúmeros julgados do Excelso Pretório, como no RE nº 89.924-SP, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 91/312, onde se afirma “... ainda que a jurisprudência do STF venha, posteriormente, a fixar-se em sentido contrário”.

42 RTJ 108/1.369. Na mesma trilha, RTJ 114/361, 125/267, etc.

43 P. ex., na RSTJ 96/150.

44 Embora essa circunstância em si já seja estranhíssima: “monstruosidade” superveniente?

vezes, as decisões rescindendas não se fundaram na interpretação de norma constitucional alguma, mas sim na aplicação de leis ordinárias, como, p. ex., as pertinentes ao direito adquirido.

Por mais que verberem muitos operadores jurídicos (doutrinadores ou mesmo membros dos Judiciários), i.e., por mais que se rebele parcela da doutrina e da jurisprudência, o movimento acima historiado parece irreversível. A questão é: o que fazer? Ficar clamando, como João Batista, no deserto?

4. ESTADO ATUAL DA QUESTÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Apesar de forte oposição de alguns, a concessão da tutela de urgência (cautelar? antecipatória?) na rescisória, para fins de suspender a execução, vem crescendo na doutrina e na jurisprudência – esta, quase sempre, em favor do Poder Público, e aí, dadas as já referidas normas que o permitem, isso nem se discute mais... – desde que se esteja diante de *hipóteses ditas excepcionais*, entre as quais se destacam:

a) *teratologia* da sentença exequenda (que, em geral, se configura na maioria das hipóteses previstas nos incisos do art. 485 do CPC, menos o inc. V); ou

b) sua *inconstitucionalidade* (mesmo que esta decorra de declaração incidental do STF em outro feito, se movida a rescisória pelo permissivo do inciso V do art. 485 do CPC); aliadas, num ou noutro caso à

c) *possibilidade de lesão irreparável, ou de difícilíssima reparação*, caso a execução prossiga.

5. CONCLUSÕES

À parte Fernando Pessoa, para quem *não existem conclusões; a única conclusão é*

morrer – e eu temo, muitíssimo mesmo, que ele tenha dito essa frase prenunciando a presente questão... – é nossa obrigação enfeixar estas desalinhasdas considerações sobre o tema, apresentando algumas, pelo menos, finalizações para os raciocínios até agora levantados, pedindo desculpas por talvez deixar mais questões em aberto do que as que havia quando comecei.

5.1. Ninguém se engane pensando que a suspensão da execução via liminar concedida em rescisória (ou em cautelar acessória a esta) é incabível, porque não integra o *elenco das causas suspensivas do processo executivo* – há um quase consenso doutrinário e jurisprudencial de que tal elenco é *muitíssimo mais elástico do que pode fazer supor a leitura do art. 791 do CPC*.

5.2. *Está consagrada, ou em vias de se consagrar*, malgrado tudo o que foi dito acima, em nosso País, *tal possibilidade, que – ao menos quando em favor do Poder Público – tem o amparo do legislador* (o qual fica muito à vontade, no caso do Executivo, dado seu poder de emitir MPs, cujos requisitos o STF teima em não apreciar, para fazer o que seja do seu interesse).

5.3. Imagino que *a solução do problema não reside em saber se esse tipo de tutela liminar, ou de urgência, tem caráter cautelar ou antecipatório*. Nada muda, desde que se admita que, por esse meio (qualquer que seja sua natureza), é possível obter suspensividade que contorne a previsão do art. 489 do CPC.

5.4. Não me choca, em si, a admissão desse tipo de coisa. A meu ver, *o caráter sacrossanto da coisa julgada vem desaparecendo, paulatinamente, não só do nosso, como de muitos ordenamentos jurídicos*, consoante se tem do estudo do Direito Comparado,⁴⁵ e da própria evolução do Direito Nacional.⁴⁶

45 Já registramos, acima, que, no exterior, não sem algumas disputas, tal situação é aceita, sob tais ou quais circunstâncias.

46 Basta ver que a *res judicata*, completamente inviolável em diplomas vetustos, como o famoso Regulamento nº 737, de 1859, passa a ser alvo de rescisória no CPC/39, e os casos em que isso era possível – seis – são ampliados para onze no atual CPC, e vêm crescendo; paralelamente a isso, o aperfeiçoamento trazido pelo código em vigor à tutela cautelar e, mais recentemente, o advento da antecipação de tutela, obviamente passaram a ensejar novas possibilidades de ataque ao antes intangível *caso julgado*.

5.5. *A perplexidade aparece quando se admite essa liminar em casos onde a própria rescisória não seria admissível, e se fica diante de situações como as descritas acima e pior: só beneficiando o ente público, em desfavor do cidadão.*

5.6. *A questão, porém, não se resolve, a meu ver, pela mera invocação do que hoje, por influência do inglês, passamos a chamar de "técnicas jurídicas". Não serão argumentos jurídicos, ainda que brandidos por nomes do maior respeito, que a solucionarão.*

5.7. *Em verdade, considero que essa ela não é um problema em si, mas sintoma de problemas maiores e muito mais graves, dentre os quais destaco:*

a) a avassaladora presença do Governo nessa área, que deveria estar regida pela Justiça – seja pelas pressões do Poder Executivo sobre o aparato judiciário,⁴⁷ seja pela sua atuação como Legislador,⁴⁸ que lhe tem permitido praticamente uma condução da jurisprudência ao ponto em que esta chegou; e

b) a baixíssima eficácia do sistema de execução forçada do Processo Civil nacional – ponto de estrangulamento que, apesar de todas as últimas recentes melhorias do CPC, sequer chegou a ser enfrentado⁴⁹ –, e que fica ainda mais desmoralizado quando se trata de execução contra o Poder Público.⁵⁰

5.8. *Lutar pela correção de distorções como o uso indiscriminado de liminares em rescisórias, para obstar a execução de sentenças, portanto, impõe-nos, muito mais que verberar contra tais exceções, enquanto cidadãos e operadores do direito, pugnar por reformas que vão muito além da alteração da atual situação da jurisprudência, ou mesmo da legislação processual, pois isso poderá ter efeito meramente periférico, sem que*

se atinja o cerne da questão. É necessário combater em prol de modificações que residem na essência do problema e que são sua verdadeira origem.

Nossa convicção, em suma, reside no seguinte: *diante do tema sobre o qual nos propusemos discorrer, a liminar, a rescisória, a execução, o efeito suspensivo, isto, aquilo e aquilo outro – tudo são aspectos periféricos. O ponto nodal é: o sistema – processual, jurídico, judiciário, político, econômico, entenda-se como quiser a expressão – permite que o cidadão obtenha tutela jurídica eficaz contra o Estado? Isso é possível (e em que medida)? Ou só o contrário o é?*

5.9. Sem querer ser o dono da verdade nem o descobridor da pólvora, acho que essa luta não pode deixar de incluir, entre outras (e só tratarei de aspectos que tenham ligação, direta ou indireta com o assunto deste estudo, pois há muitos e muitos outros correlatos), as seguintes questões.

5.9.1. No plano constitucional:

a) a reforma do Judiciário, com reforço de sua independência (tanto no plano institucional, como no de cada um de seus membros) e aperfeiçoamento de sua estrutura competencial e hierárquica, sendo possível imaginar a criação de uma Corte Constitucional propriamente dita, além de critérios mais objetivos e rígidos para a escolha dos ocupantes dos órgãos de cúpula desse Poder, e para a ascensão, em sua hierarquia, dos que provêm de suas bases;

b) ainda no plano do Judiciário, a alteração de sua estrutura, diminuindo-se o número excessivo de instâncias hoje existentes, a fim de viabilizar alteração na legislação ordinária, no que pertine a recursos;

47 O qual já padece, ele mesmo, de problemas graves, devidos a sua atual estruturação, aos mecanismos que regem seu *modus operandi* e o processo de escolha de seus membros, mormente os que ocupam os mais altos escalões de sua hierarquia.

48 Especialmente através das nunca suficientemente lamentadas MPs.

49 Exemplos disso são o absurdo dos procedimentos de liquidação, quase sempre ao arrepio do art. 459, parágrafo único, do CPC; a inocuidade da maioria das execuções; o fato de grande parte dos processos se encerrar por vias extrajudiciais, ser abandonada, etc.

50 Se os demais procedimentos de execução forçada são inócuos, o de execução contra a Fazenda Pública poderia ser chamado de verdadeira piada – não fosse o caso mais para chorar do que para rir. O problema dos precatórios é, hoje, um verdadeiro cancro jurídico. *O Poder Público só paga a condenação que quer, ou que lhe interessa pagar.*

c) a introdução de limitações maiores à intervenção, ainda que subliminar ou indireta do Governo nas questões judiciais, especialmente as jurisdicionais, criando-se mecanismos para evitá-la, com destaque para restrições mais sérias e explícitas ao manejo, pelo Executivo, das famigeradas MPs;

d) o estabelecimento expresso, na Carta Magna, da garantia da *adequada tutela jurisdicional*, alterando-se a redação do inciso XXXV do seu art. 5º, para dar-lhe redação similar à constante no dispositivo análogo, por exemplo, da Constituição da Espanha, a fim de que não seja reconhecida apenas pela doutrina, já que o STF, em várias oportunidades que teve para sustentá-la, lamentavelmente, claudicou;

e) redefinição sobre o problema dos precatórios (execução contra a Fazenda Pública), que hoje, na prática, está inviabilizando essa espécie executiva, a qual fica, na verdade, sujeita ao talante do Governo^{51 e 52};

f) a preservação do papel institucional do Ministério Público e de seus integrantes – hoje ameaçada por uma série de suspeitíssimas “reformas modernizantes” – uma vez que o *Parquet*, também reestruturado analogamente como decorrência das modificações do Judiciário, e mais apto a conter a atuação do Governo em seus estritos limites, dadas as alterações antes referidas, teria muito mais condições de atuar efetivamente como garante da ordem jurídica.

5.9.2. No plano da legislação complementar e ordinária,⁵³ especificamente na seara processual⁵⁴:

a) a redução das possibilidades recursais, a meu sentir exageradíssimas, que nenhum benefício trazem, senão a demora dos

feitos, o congestionamento dos tribunais e a diminuição da eficácia da tutela jurisdicional, e a supressão pura e simples de institutos como a *remessa necessária*, producente do mesmo dano resultando;

b) a reestruturação do sistema de execução civil – especialmente contra a Fazenda Pública (alterando, se for o caso, a lei penal, mormente quanto à questão do crime de *desobediência*) – para ajustá-lo à realidade e às necessidades práticas, incrementando-se ao máximo as hipóteses de execução direta, por ordem judicial, e melhorar seu hoje rasteiro nível de eficácia;

c) a instituição efetiva das defensorias públicas e de dispositivos capazes de realmente garantir aos mais pobres não só o acesso à Justiça, como a obtenção da proteção que junto a ela procuram, melhorando e ampliando os Juizados Especiais, que poderiam ser também criados na Justiça Federal⁵⁵ e do Trabalho;

d) a redução dos privilégios processuais dos entes públicos, naquilo que se constituem em vantagens injustificáveis e desequilibradoras da isonomia entre as partes, como as possibilidades diferenciadas que possuem no deferimento de liminares quando são os requerentes, aliada às limitações às mesmas medidas, em que seu favor se estabelecem, quando requeridos;

e) a responsabilização mais efetiva das partes e de seus advogados por litigância de má-fé e prática de atos atentatórios à dignidade da Justiça, aí incluído o *abuso de direitos processuais* (de ação e de defesa);

f) um cuidado maior com a figura do Oficial de Justiça, tão importante para a realização dos atos judiciais (mormente os exe-

51 Veja-se, a título de exemplo, o papel do Ministro da Educação, no caso dos *precatórios da UFRN*, onde havia decisão transmitida em julgado, com precatório expedido e já incluído no orçamento, com verba destinada, enfim, pronto para ser cumprido: nem havia rescisória ainda, e ele já dizia que, apesar do precatório expedido e incluído no orçamento, não pagaria, como não pagou até hoje.

52 A ruína completa vem quando se analisa a jurisprudência dominante, a partir do STF, sobre a não-aplicação do art. 330 do Código Penal ao funcionário, que desobedece ordem, quando no exercício de suas funções (RTJ92/1.095, 119/68, etc., etc., etc.), remetendo o caso para o tipo do art. 319, cuja caracterização tipológica (dado o exigido *interesse pessoal*) é raramente ocorrente, ou de quase impossível prova.

53 Além de sua adequação às alterações constitucionais antes mencionadas.

54 Ao lado do aperfeiçoamento de sua efetividade, simplificação, economicidade, acessibilidade, etc., conforme clamam desde sempre todos os processualistas.

55 Estes já autorizados pela Emenda Constitucional nº 22/99, posterior à apresentação da palestra que originou este artigo.

cutórios), conferindo maior relevo a sua atividade, dando a ela melhores meios para ser devidamente exercida, e, ao mesmo tempo, cobrando-lhe responsabilidade e estrita correção no desempenho de tal mister.

5.9.3. Nenhuma dessas alterações, porém, surtirá efeito, se não se der paralela-

mente à mais importante de todas, que não está na esfera normativa, judicante, administrativa ou processual: a *mudança de mentalidade*, na qual todos nós – principalmente os que atuamos na área jurídica – devemos nos empenhar, sob pena do fracasso de tudo o mais.⁵⁶

56 Tome-se o caso da monitória: não é necessário mudar nada; ela é perfeitamente utilizável contra o Poder Público – embora, a partir de certo momento, a execução que se lhe seguir tenha de recair no malfadado art. 730 do CPC – mas quantos há que sequer a admitem contra Entes Estatais? Exemplos assim seriam legião.